

TRAVAUX DE DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

COLLECTION DIRIGÉE PAR YANN KERBRAT ET VALÉRIE MICHEL

The 'Visible Hand'

European and Global Perspectives
on Financial Market Regulation
and Economic Governance

La 'main visible'

Perspectives européennes
et globales sur la régulation
des marchés financiers et la
gouvernance économique

Ch.)

Sous la direction de
FRANCIS SNYDER
ALBRECHT SONNTAG
WEI SHEN



BRUYLANT

LES GLISSEMENTS DU PARADIGME COMMUNAUTAIRE: UN MARCHÉ LIBRE OU EFFICACE?

Arnaud Van Waeyenberge

Résumé

Partant d'un Traité fondateur basé, entre autres, sur les théories ordoliberalen allemandes, l'Union est peu à peu devenue une sorte d'entité régulatrice omniprésente s'immisçant dans le marché au moyen de techniques managériales. Les nouveaux dispositifs réglementaires mis en place par l'Union européenne afin de diminuer les effets de la crise financière mondiale ont d'ailleurs mis en évidence ce glissement. Afin d'apporter une analyse à la fois précise et nuancée de cette évolution, une approche contextuelle paraît opportune. Le plan comportera trois temps. Le premier temps fera un bond dans le temps afin de retourner aux origines de la Communauté Economique Européenne et d'en expliquer brièvement certains de ses fondements philosophique et juridique. Le deuxième temps s'inscrira dans le présent et prendra une photographie de l'Union européenne telle qu'elle se présente aujourd'hui au travers de deux de ses politiques économiques (la « Nouvelle Approche » et la politique comptable) et comparera celles-ci au paradigme de départ. Le dernier temps sera explicatif et apportera une série d'éléments politique, philosophique et juridique permettant de mieux comprendre les raisons qui ont mené à cette évolution. Une conclusion ponctuera ce travail en évoquant les risques auxquels sera confrontée l'Union si elle persiste dans la voie actuelle.

Le thème retenu pour ce colloque, 'la main visible du marché', fait bien entendu référence au fameux et polémique concept de 'la main invisible du marché' attribué généralement au philosophe et économiste écossais Adam Smith (1723-1790). Ce concept peut sans doute se résumer par l'étrange image d'une « main » qui harmoniserait les intérêts personnels de tout un chacun de sorte à créer la plus grande pros-

périté pour tous.¹ En d'autres termes, selon Adam Smith, les «lois» du marché, associées au caractère égoïste des agents économiques, conduiraient à un résultat inattendu: l'harmonie sociale. Adam Smith reconnaît toutefois que n'importe quel marché est ancré dans le droit et la politique d'une façon ou d'une autre et que les pouvoirs publics assurent les règles fondamentales de fonctionnement dudit marché en frappant la monnaie ou en légiférant contre les monopoles.²

Appliqué au Traité de Rome, cette image paraît particulièrement adéquate. En effet, et cela constitue l'hypothèse de cette contribution, l'Union européenne est progressivement passée d'une main invisible vers une logique de main visible. Les nouveaux dispositifs réglementaires mis en place par l'Union européenne afin de diminuer les effets de la crise financière mondiale ont d'ailleurs mis en évidence ce glissement. Partant d'un Traité fondateur basé sur les théories *ordolibérales* allemandes proches des enseignements d'Adam Smith, l'Union est peu à peu devenue une sorte d'entité régulatrice omniprésente s'immisçant dans le marché au moyen de techniques managériales. Cette «*main visible*» européenne doit donc se comprendre comme une main incitatrice, entraînée et non pas dirigiste ou autoritaire. En effet, l'Europe ce sont désormais des objectifs à atteindre, des politiques à mener, des actions communes à développer (le marché unique, le développement économique et social, un cadre comptable européen, la sortie de la crise financière, ...) avant d'être un montage de règles et un dispositif institutionnel susceptible de les mener à terme. Tout se passe ici comme si la fin politique (les objectifs substantiels à atteindre) justifiait les moyens juridiques (les procédures et les organes imaginés à cet effet).³⁴

Afin d'apporter une analyse à la fois précise et nuancée de cette évolution, une approche contextuelle paraît opportune. Le plan adoptera trois temps. Le premier temps fera un bond dans le temps afin de retourner aux origines de la Communauté Economique Européenne et d'en expliquer brièvement certains de ses fondements philo-

sophique et juridique. Le deuxième temps s'inscrira dans le présent et prendra une photographie de l'Union européenne telle qu'elle se présente aujourd'hui au travers de deux de ses politiques économiques et comparera celles-ci au paradigme de départ. Le dernier temps sera explicatif et apportera une série d'éléments politique, philosophique et juridique permettant de mieux comprendre les raisons qui ont mené à ce glissement de la main invisible vers la main visible. Une conclusion ponctuera ce travail en évoquant les risques auxquels sera confrontée l'Union si elle persiste dans la voie actuelle.

I AUX ORIGINES, LE TRAITÉ DE ROME

Ce premier titre comporte deux volets. Le premier sera consacré à l'explication du courant de pensée (*Ordoliberalen*) qui influença manifestement les rédacteurs du Traité de Rome (Chapitre A). Le second décrira la manière dont cette influence doctrinale se concrétisa dans le traité original (Chapitre B).

A Le courant *ordoliberalen*⁵ comme source d'inspiration

Le mouvement ordolibéral regroupe un ensemble de chercheurs qui ont élaboré des théories visant à réconcilier l'économie et le droit. Ce mouvement, né au cours de la période nazie et qui portait à l'origine le nom d'«*école de Fribourg*»⁶, souhaite un marché le plus libre possible et considère que cette liberté passe par une certaine intervention de l'autorité publique. En effet, partant du constat que le public et le privé ne constituent pas des sphères étanches l'une à l'autre, ils reconnaissent que les relations économiques dans le cadre d'un marché se déroulent toujours dans un cadre juridique organisé.⁷ Leurs travaux portent principalement sur la forme et sur le contenu dudit cadre. A cette fin, partageant la conviction que rien n'était plus à craindre qu'une réunion entre les mêmes mains du pouvoir économique et politique,⁸ ils veulent mettre les mécanismes du marché à l'abri de la tentation «*qui hante toujours le politique, d'en influencer le cours à des fins partisans*»⁹ et proposent un système qui garantit l'indépendance du marché vis-à-vis de la sphère politique. Plus particulièrement, pour ce courant, le marché ne sera plus seulement une donnée de nature (Smith), mais une essence

1 C. Laval, «La main invisible d'Adam Smith», (2008) 5 *Temporel*, disponible sur le site www.cerpo.fr (consulté en janvier 2010). Toutefois l'idée selon laquelle les intérêts s'harmonisent d'eux-mêmes sur le marché est loin d'appartenir en propre à Adam Smith et peut déjà se retrouver dans les écrits de Pierre de Boisguibert (1646 - 1714) ou Bernard de Mandeville (1670-1733).

2 O. De Schutter, N. Lebossis, J. Paterson, La Gouvernance dans l'Union européenne, (Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001), 98.

3 Cfr. Approche téléologique (inspirée de l'école néofonctionnaliste) adoptée très tôt par la Cour de justice et la Commission européenne.

4 F. Orst et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, (Éditions des FUSL, 2002), 71 et 72.

5 L'origine de ce terme provient du titre de la revue *Ordo*.

6 Et dont le principal animateur était Walter Eucken.

7 O. De Schutter, «*Réalisme juridique, institutionnalisme et ordoliberalen. A propos de l'histoire intellectuelle des rapports entre le droit et l'économie*», *Annales d'Études Européennes de l'Université catholique de Louvain*, vol. 1998, 4 et 5.

8 O. De Schutter, *op. cit.*, 19.

9 O. De Schutter, *op. cit.*, 5.

caractérisée par une structure formelle spécifique dont les conditions de possibilités devront être construites.¹⁰

L'originalité de leur doctrine consiste à soutenir que « la liberté économique, et le fonctionnement satisfaisant d'une coordination par un système de prix, se trouvent menacés non seulement par l'intervention autoritaire de la puissance publique dans les mécanismes du marché – c'est-à-dire par la perturbation, par la politique, de l'ordre spontané du marché – mais également par l'abus du pouvoir économique privé ».¹¹

Concrètement, ce positionnement vis-à-vis de l'autorité publique et des agents économiques conduit logiquement les ordolibéraux à appuyer les garanties constitutionnelles des libertés économiques et de défendre l'idée de la création d'une instance indépendante juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle pour en assurer le respect.¹² Leur thèse centrale repose donc sur la préservation d'une concurrence économique aussi forte que possible au moyen d'un régime juridique approprié et d'une instance de contrôle forte.

La légitimité du système reposerait quant à lui sur l'idée de l'Etat de droit¹³ dans la mesure où le droit n'est pas considéré ici comme un instrument entre les mains d'une politique au pouvoir mais doit constituer une garantie contre les abus commis par le pouvoir.¹⁴ Cela signifie que les actions entreprises par le gouvernement et l'administration doivent être sérieusement encadrées par un arsenal légal clair et que le pouvoir de décision de l'exécutif n'est que faiblement discrétionnaire.¹⁵ Il s'agit plus d'un pouvoir technique que politique.¹⁶

B La réception ordolibérale lors de la création de la CEE

Les affinités entre l'ordo-libéralisme et le projet d'intégration de 1957 étaient nombreuses¹⁷. En effet, le Traité de Rome s'est clairement

inspiré¹⁸ des théories ordolibérales¹⁹ dans le droit privé²⁰ et en particulier concernant les dispositions garantissant (i) le principe de liberté de circulation, clé de voûte de l'économie européenne; (ii) le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, principe essentiel de la construction européenne; (iii) le principe de libre-concurrence, repris du droit privé, revêt un caractère de principe supérieur dans la mesure où sa finalité est la protection de l'individu contre la puissance économique excessive.²¹

La structure européenne initiale à deux niveaux²² avec, d'un côté, le niveau supranational doté d'une autorité indépendante chargée de faire respecter la rationalité économique et faire régner la libre circulation, la non-discrimination et la libre concurrence et, d'autre, le niveau national en charge des politiques redistributives impliquant de nombreux choix politiques mis en œuvre par des institutions propres à cet usage (c'est-à-dire les institutions propres aux démocraties constitutionnelles)²³ illustre bien les enseignements des membres de l'École de Fribourg.

Le Traité de Rome se caractérise également par la mise en place d'un système de prise de décision originale, communément appelé la méthode communautaire, qui doit permettre la mise en œuvre des politiques économiques européennes tout en garantissant le respect des principes constitutionnels économiques. L'équilibre institutionnel ordolibéral en termes de relation Etat/marché. En effet, l'efficacité du Parlement européen, le monopole de proposition législative de la Commission, les missions de « gardiennes des traités » et l'indépendance statutaire de la Commission européenne et de la Cour de justice

10 S. Legrand, *Les normes chez Foucault*, (P.U.F. 2007), 284.

11 O. De Schutter, *op. cit.*, 19.

12 Ce n'est donc pas du juge mais du gouvernement dont se méfiaient les ordolibéraux.

13 M. Stret et W. Mussler, « The Economic Constitution of the European Community: From Rome to Maastricht », (1995) *European Law Journal* 9.

14 O. De Schutter, *op. cit.*, 20.

15 F. Snyder, « The origins of the 'Nonmarket Economy': Ideas, Pluralism and Power in EC Anti-dumping Law about China », (2001) *European Law Journal* 414.

16 D. Gerber, « Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law, and the 'New Europe' », (1994) 42 *American Journal of Comparative Law* 74.

17 M. Stret et W. Mussler, *op. cit.*, 5-30 (spéc. 14 et s.).

18 Pour la plus grande joie des ordolibéraux – W. Sauter, « The Economic Constitution of the European Union », (2002) *Columbia Journal of European Law*, 27.

19 D. Gerber, *op. cit.*, 71-74.

20 C. Joerges, « The Science of Private Law and the Nation States », in Francis Snyder (ed.), *The Europeanization of Law: Legal Effects of European Integration*, (Hart Publishing, 2000), 47 et s.

21 En revanche le système mis en place pour la Politique Agricole Commune constituait un véritable péché originel – C. Joerges, « Que reste-t-il de la Constitution économique européenne après la constitutionnalisation de l'Europe – Une rétrospective mélancolique », (2005) *Cahiers européens de Sciences Po*, 17 et Stret M. et Mussler W., *op. cit.*, 17 et s.

22 Cette structure à deux étages rejoint l'analyse du Professeur Weiler sur la co-existence et l'interdépendance de « un supranationalisme juridique » et d'un « intergouvernementalisme politique » dans la CEE – J. Weiler, « The Community system: the dual character of supranationalism », (1981) 1 *Yearbook of European Law*, 257.

des Communautés européennes leur permettant d'être les arbitres qui font respecter les règles du jeu, s'inscrivent indéniablement dans une logique ordolibérale.

Enfin la Cour de justice n'a pas attendu longtemps pour qualifier de « communauté de droit » l'ordre juridique communautaire, et par là, dériver le droit en fondement de l'action des institutions européennes et de ses États membres.²⁴

* * *

En conclusion, la filiation entre l'école de Fribourg et plusieurs principes inscrits dans le Traité de Rome ne fait pas de doute.²⁵ La méthode communautaire de prise de décision reflète, elle aussi, dans une large mesure, les enseignements ordolibéraux. Toutefois, il ne faut pas tomber dans le dogmatisme et une filiation ne veut pas dire une retranscription littérale. En effet, la Communauté Economique Européenne s'est inspirée de nombreuses écoles de pensées et exprime des courants aussi bien politiques, qu'économiques et juridiques différents et variés.

Cette influence ordolibérale ayant été évoquée et rapidement analysée il semble intéressant de se pencher sur l'Union telle qu'elle se présente aujourd'hui afin de mesurer l'héritage de ce courant de pensée et des ses prolongements constitutionnels dans les politiques communautaires actuelles. Cela sera l'objet du second titre.

II L'UNION EUROPÉENNE ET MÉTHODE COMMUNAUTAIRE: INADÉQUATION PARTIELLE

Les principes constitutionnels économiques fondateurs de l'ordre européen et le mode d'action communautaire (méthode communautaire) ayant été brièvement présentés, se pose maintenant la question de savoir dans quelles mesures ceux-ci sont encore appliqués et respectés dans les politiques européennes mises actuellement en œuvre. Une recherche sur deux politiques économiques de l'Union

européenne²⁶, la « Nouvelle Approche » et la politique comptable a donc été entreprise (Chapitre A). Après avoir constaté l'inadéquation partielle de la méthode communautaire comme grille de compréhension de ces politiques, une synthèse des caractéristiques communes de ces inadéquations trace les contours de cette méthode communautaire (Chapitre B).

A La méthode Communautaire dépassée ?

La « Nouvelle Approche » en termes de marché intérieur et les normes comptables internationales (IFRS)²⁷ seront abordées au regard de leur nature économique mais également vu leur forte empreinte communautaire. Le cadre restreint de ce travail rend impossible l'analyse en détails ces deux politiques particulièrement techniques. Une présentation sommaire permet toutefois de distinguer les lignes de force de ces domaines d'action communautaire.

La « Nouvelle Approche » en terme de marché intérieur

Selon la méthode communautaire classique, la réglementation européenne relative au marché intérieur passait par une approche « top/down » qui consistait en l'adoption de réglementations générales et d'application uniforme pour tous les États membres. Cette manière de procéder était particulièrement lourde car l'unanimité était la règle au Conseil et obligeait en outre la Commission à proposer des directives très détaillées dans de nombreux secteurs. Cette lourdeur avait nécessairement pour conséquence que l'harmonisation des règles techniques ne couvrait qu'un nombre relativement limité de domaines, ce qui laissait le marché intérieur loin d'être achevé. En effet, en l'absence de réglementation au niveau européen, il appartenait aux États membres de réglementer la production et la commercialisation des produits en question tout en respectant les règles énoncées par le Traité, telles que l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation, ainsi que des mesures d'effet équivalent (ci-après la « MEE »). Or pour savoir ce qu'est une MEE, il fallait se référer à la définition donnée

24 D. Simon, *Le système juridique communautaire*, (PUF, 2001), 97 et N. Scandamis, *Le parcours de la gouvernance européenne - entre souveraineté et marché*, (Bruylant, 2009), 8.

25 C. Joerges, « La Constitution économique européenne en processus et en procès », (2006) *Revue Internationale de Droit Économique*, 245 - 284 (spéc. 256 et 257).

26 Un exemple supplémentaire, dans le domaine financier, du dépassement de la méthode communautaire aurait pu aisément être trouvé avec le rôle joué par les Comités régulateurs (Committee of European Securities Regulators, Committee of European Banking Supervisors, Comité de l'European Insurance and Occupational Pensions Supervisors) en termes de collaboration, de mise en œuvre et de contrôle d'application dans le cadre de la procédure dite Lamfalussy - R. Vabres, « L'influence des Comités européens des régulateurs sur le droit des services financiers », (2007/2008) 3 *EUREDIA*, 293 - 298.

27 IFRS - International Financial Reporting Standards / Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables inter-

par la Cour dans l'arrêt *Dassonville*²⁸, qui la définit comme toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'affecter directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire²⁹ et aux précisions apportées par l'arrêt *Cassis de Dijon*³⁰. Pour rappel ce dernier arrêt établit qu'un produit ne faisant pas l'objet de mesures d'harmonisation européenne, mais qui est légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre, peut être commercialisé dans les autres États membres, même s'il n'est pas (entièrement) conforme aux réglementations de ces derniers.³¹ Explicité par une communication interprétative de la Commission³², le principe de la reconnaissance mutuelle est devenu une première alternative à l'harmonisation selon la méthode classique.

La reconnaissance mutuelle susciterait également des craintes qu'un recours généralisé à ce principe aboutirait à un alignement des règles nationales sur le plus petit dénominateur commun résultant en une mise en danger des consommateurs, à un manque de protection de l'environnement, ainsi qu'à une régression technique. Par conséquent, en vue de finaliser le marché unique prévu par l'Acte unique européen pour fin 1992, la Commission Européenne a adopté, en parallèle à ses efforts de tirer le plus grand profit du principe de la reconnaissance mutuelle, une nouvelle stratégie d'harmonisation appelée « Nouvelle Approche »³³. Celle-ci a pour but de favoriser la libre circulation des marchandises, tout en garantissant un niveau minimum de sécurité équivalent dans tous les pays européens.³⁴

28 Arrêt du 11 juillet 1974, *Dassonville*, 8/74, Rec. p. 837, point 5.

29 Très large, mais également relativement vague, surtout à l'époque de l'émergence même du marché intérieur, cette règle était difficile d'application pratique.

30 Arrêt du 20 février 1979, *Reve Zentral* (dit « Cassis de Dijon »), 120/78, Rec. p. 649, points 8 et 14. Voir à cet égard A. Mattara, *Les barrières frontalières à l'intérieur de la CEE et l'acte de la Commission pour leur démantèlement*, Revue du marché commun, 1987, 264-267.

31 Il n'en va autrement que (i) si l'État membre de destination du produit peut se prévaloir de l'un ou de plusieurs des intérêts légitimes énumérés à l'article 34 T.F.U.E ou des exigences impératives tendant à, par exemple, la sauvegarde des objectifs comme la protection des consommateurs ou de l'environnement, la loyauté de transactions commerciales, (ii) si la restriction infligée à la commercialisation du produit dans ledit État membre est nécessaire et proportionnelle eu égard à l'intérêt légitime invoqué, et (iii) si elle n'est pas discriminatoire à l'égard des produits importés pour ce qui concerne les exigences impératives.

32 JOCE du 3 octobre 1980, C 256, p. 2.

33 La nouvelle approche est basée sur la résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, JO n° C 156 du 04/06/1985 pp. 1 à 9. Cette approche fut également mise en lumière par le célèbre et précursif arrêt de la CJCE « Cassis de Dijon » (affaire 120/78 du 20 février 1979, Rec. 649) et les principes de la nouvelle approche constituant la base de nombreuses directives.

34 <http://www.norm.lucms.vlaanderen.be/infodiv/SVII-7B7HBU7opendocument&language=fr>

La « Nouvelle Approche »³⁵ repose à la fois sur le principe de la reconnaissance mutuelle mais également sur l'utilisation de directives-cadres se limitant à harmoniser uniquement les exigences essentielles (concernant la santé, la sécurité, l'environnement ...) relatives aux produits. Les exigences essentielles contenues dans les directives-cadres (et obligatoires) sont complétées par des spécifications techniques (non-obligatoires), sous la forme de normes européennes harmonisées. Ces dernières sont élaborées, sur mandat de la Commission³⁶, par des organismes européens de normalisation, en l'occurrence le CEN³⁷ pour la plupart des secteurs, le CENELC³⁸ dans le domaine de l'électrotechnique et l'ETSI³⁹ dans les télécommunications. Ces organismes sont des « *Associations Internationales Sans But Lucratif* » (AISBL) de droit privé belge, composées des organismes nationaux des divers États membres et n'ayant pas de lien institutionnel avec l'Union européenne.⁴⁰ Le fabricant a intérêt à observer ces normes⁴² car leur application présume de la conformité aux exigences essentielles.⁴³

35 Pour une étude détaillée de la normalisation technique européenne dans le cadre de la Nouvelle Approche, voy. H. Schepel, *The Constitution of Private Governance - Product Standards in the Regulation of Integrating Markets* (Hart Publishing, 2005) 225-258.

36 L'élaboration et l'adoption de ces normes européennes harmonisées se fondent sur les orientations générales pour la coopération entre les organismes européens de normalisation et la Commission, signées le 13 novembre 1984 et revues le 28 mars 2003 qui contiennent une série de principes et d'engagements en ce qui concerne la normalisation, comme la participation de toutes les parties intéressées (par exemple les fabricants, les associations de consommateurs et les syndicats), le rôle des pouvoirs publics, la qualité des normes et l'application uniforme des normes dans l'ensemble de l'Union européenne - <http://ec.europa.eu/entreprisewap-proach/legislation/guide/document/guidepubli/pdf>

37 Comité européen de normalisation.

38 Comité européen de normalisation électrotechnique.

39 Institut européen des normes de télécommunications.

40 H. Schepel, *op. cit.*, pp. 228 et 229.

41 « *Le dialogue entre les organismes de normalisation et les autorités et, le cas échéant, leur mandat au processus de normalisation doivent, néanmoins, contribuer à garantir que les normes prises en compte dans le processus* ». <http://ec.europa.eu/entreprisewap-proach/legislation/guide/document/guidepubli/pdf> Pour une description complète voir: les orientations générales pour la coopération entre les organismes européens de normalisation et la Commission du 28 mars 2003 (2003/C 91/04).

42 <http://www.norm.lucms.vlaanderen.be/infodiv/SVII-7B7HBU7opendocument&language=fr>

43 S'il choisit d'autres standards ou d'autres normes techniques que les normes européennes harmonisées, il incombera au fabricant d'apporter la preuve que ceux-ci répondent aux prescriptions des exigences essentielles.

Les normes comptables européennes⁴⁴

Vu l'impossibilité politique de faire prévaloir un référentiel comptable national au niveau européen, la Commission européenne désireuse de créer un cadre comptable unique européen pour les sociétés cotées proposa d'harmoniser cette matière dans son Plan d'action pour les services financiers (PASF)⁴⁵. Celui-ci fut voté et mis en place par l'Union européenne à travers son règlement 1606/2002 (ci-après « Règlement ») et établit que désormais ce seront les normes émises par l'IASB (« *International Accounting Standards Board* »), organisme privé sur lequel l'Union Européenne ne dispose d'aucun moyen de contrôle institutionnel, qui seront désormais d'application.

L'IASB⁴⁶ est basé à Londres et élabore les normes comptables IAS devenues IFRS⁴⁷ en ayant l'obligation de consulter le public au moyen d'une procédure de « *due process* ». L'IASB⁴⁸ nomme les quinze membres de l'IASB sur base de leur compétence technique et aucune règle de représentativité géographique n'existe à ce niveau. Force est

néanmoins de constater que le monde anglo-saxon et les big four y sont fort bien représentés^{49,50}.

Après avoir tenté – et échoué suite à une série de blocages politiques provenant principalement de la défense par une série d'États membres, dont l'Allemagne, de leur système comptable et du refus de le voir trop substantiellement modifié – d'harmoniser les normes comptables via des directives, l'Union européenne a donc décidé de collaborer avec l'IASB. Cette collaboration pris la forme d'un règlement qui introduit donc un système comptable pour les sociétés cotées européennes et qui prévoit que les normes prises par l'IASB, c'est-à-dire les normes IFRS, sont applicables, selon l'article 3 du Règlement, à la triple condition qu'elles ne soient pas contraires au principe d'image fidèle; qu'elles répondent à l'intérêt public européen et qu'elles satisfassent aux critères d'intelligibilité, de pertinence, de fiabilité et de comparabilité exigés, de l'information financière nécessaire à la prise de décisions économiques et à l'évaluation de la gestion des dirigeants de sociétés.

Les normes IAS/IFRS ne s'appliquent donc pas directement dans l'Union européenne. Elles doivent en quelque sorte être « homologuées » par un règlement de la Commission, à l'issue d'une procédure technique, la *légitimité politique* et la *pertinence pour les entreprises des normes*⁵¹. Le Règlement en revanche ne donne aucun pouvoir propre à la Commission pour créer des normes comptables par elle-même ou modifier le contenu⁵² de celles proposées par l'IASB.⁵³

Cette procédure d'homologation au sein de l'ordre juridique communautaire est particulièrement complexe et comporte trois temps. Le premier temps est la remise d'un avis technique par l'*European Financial Reporting Advisory Group* (EFRAG). Ce groupe, créé à

44 Voy. E. Chiappello et K. Maedf, « Une privatisation inédite de la norme : le cas de la politique comptable européenne », (2007) *Sociologie du travail* 46 à 64 et W. Mantti et T. Bittne, « Global private governance: lessons from a national model of setting standards in accounting », (2005) 68 *Law and Contemporary Problems*, 225-262 (www.jlilj.org/global_adlaw/docs/mentis10120508_ManttiBittne.pdf).

45 Services financiers – Mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers : plan d'action. Doc. COM (1999) 232 final, 11 mai 1999. Malgré l'importance considérable que revêtent les services financiers au sein de l'Union européenne et les importantes avancées en termes de libre circulation des marchandises et de nombreux services, il faut attendre la fin des années 1990 pour que les décideurs européens constatent que le marché unique européen des services financiers n'était pas encore réalisé et que le manque de concurrence patent et les coûts des opérations transfrontalières prohibés étaient, principalement dus à une fragmentation du marché. Au niveau européen, la mise en œuvre de ce plan prit six ans et s'est traduite par l'adoption de quarante deux-mesures concrètes et diverses dans trois domaines clés que sont les marchés de gros, les marchés de détail et la surveillance du secteur financier.

46 D. Baert et G. Yanno. *Rapport d'information relatif aux enjeux des nouvelles normes comptables*, Assemblée nationale de la République Française, 10 mars 2009, disponible via le lien http://www.focustris.com/menus_gauche/documentation/ouvrages_et_articles_de_fond/rapport_d_information_baert_yanno_relatif_aux_enjeux_des_nouvelles_normes_comptables_12.

47 Ces normes sont utilisées dans plus de 100 pays dont l'Australie, le Brésil, le Canada, la Chine, la Russie, ... Bon nombre d'entre eux ont choisis ce référentiel suite à la décision de l'Union européenne d'y adhérer.

48 L'IASB (« *Trustees* ») est une fondation américaine (Delaware) qui s'occupe en plus de la nomination des membres de l'IASB, de trouver le financement, et de la politique générale. Les membres sont choisis selon un principe de représentativité géographique des marchés de capitaux et au moins deux membres doivent appartenir à des grands cabinets d'audit (« *big four* »). La nomination des membres se fait par coopération et les membres ne doivent rendre des comptes qu'à eux-mêmes. Le financement quant à lui provient principalement (environ 80%) de contributions volontaires au rang desquelles se trouvent en tête de liste les « *big four* » – A. Fleckner, « FASB and IASB: Dependence despite Independence », (2008) *Virginia Law and Business Review*, 295.

49 Voy. la composition actuelle sur www.iasb.org; E. Chiappello, « Les normes comptables comme institution du capitalisme. Une analyse du passage aux IFRS en Europe à partir de retenués par l'IASB se fondent sur les principes comptables de « substance over form » ou de « fair value ».

50 La structure et la gouvernance de l'IASB et de ses satellites présentent de nombreux similitudes avec le *Financial Accounting Standards Board* (FASB) qui est le normalisateur comptable le plus puissant aux États-Unis et dont il s'inspire à maints égards – A. Fleckner, *op. cit.*, 275 à 309.

51 *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant l'application du règlement n° 1606/2002 du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales*.

52 Cela fut d'ailleurs l'objet d'un vif débat au cours de la crise financière de 2008-2009.

53 A. Fleckner, *op. cit.*, 291.

l'initiative du secteur privé⁵⁴, a pour mission de vérifier la compatibilité des nouvelles normes comptables avec les Directives européennes cadres au moyen d'un avis. Une fois cet avis rendu, l'*Accounting Regulation Committee* (ARC), qui est un comité prévu cette fois-ci par le Règlement et est de type comitologique (c'est-à-dire plus politique⁵⁵ où chaque Etat membre siège et présidé par un représentant de la Commission) se prononce sur la proposition de la Commission d'adopter une ou plusieurs normes IFRS par un vote à la majorité qualifiée. Si il est favorable, il permet à la Commission, dans un troisième temps, de prendre un règlement d'adoption de ladite nouvelle norme après avoir suivi la procédure dite de «*réglementation avec contrainte*» qui permet au Parlement européen ainsi qu'au Conseil de pouvoir s'opposer à l'adoption des normes IFRS par la Commission européenne.⁵⁶

*
*
*

La méthode communautaire ne permet plus que de comprendre partiellement ces manifestations du droit européen. Il est donc indispensable de tracer les nouveaux contours de la méthode communautaire en mettant en commun les informations recueillies lors de l'analyse de ces deux politiques. Cela sera l'objet du chapitre suivant.

B Les nouveaux contours de la méthode communautaire⁵⁷

L'idée défendue ici est que ces politiques communautaires contiennent des nouveaux instruments juridiques et de nouveaux modes de gouvernance qui possèdent suffisamment de similitudes pour y voir une évolution profonde de la méthode communautaire⁵⁸. Celle-ci se manifeste au travers d'au moins quatre caractéristiques majeures.

54 B. Colasse, « La régulation comptable entre public et privé », M. Capron (dir.), *Les normes comptables internationales, instruments du capitalisme financier*, (La Découverte, 2005), 43.

55 B. Colasse, *op. cit.*, 42 et 43.

56 Décision du Conseil 2006/512/CE du 17 juillet 2006.

57 A. Gato, « Governance in the European Union: a legal perspective », (2006) 12 *Columbia Journal of European Law*, 487 – 516; S. De La Rosa, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, (Bruylant, 2007), 170 et s.
58 Cette idée est mise en avant par quelques auteurs depuis quelques années: voir, entre autres, D. Trubek et L. Trubek, « New Governance and Legal Regulation: Complementarity, Rivalry or Transformation », 2007 *Columbia Journal of European Law*; G. De Burca et J. Scott, *Law and New Governance in the UE and the US*, (Hart Publishing, 2006) et le numéro spécial dédié à la « nouvelle gouvernance » paru dans le *European Law Journal* de 2002.

Le déplacement de la frontière public/privé et co-régulation⁵⁹

On assiste à un renforcement de la place des acteurs privés dans les politiques publiques européennes. Le nombre d'acteurs présents dans ces politiques dépasse largement le triangle institutionnel et les ouvertures vers la société civile afin qu'elle soit d'avantage associée au processus de décision, sont légions. Cette ouverture se manifeste à différents stades. On la retrouve lors des nombreuses consultations organisées par la Commission lors de sa phase préparatoire à l'enclenchement ou à la réforme d'une politique.⁶⁰ Elle est également présente au stade de la production de la norme sous le vocable co-régulation. L'utilisation de cette technique est un pilier important de l'activité législative européenne.⁶¹ Cette pratique fut introduite au cours des années 80 (i) «*Nouvelle Approche*» (ii) dans le cadre du dialogue social européen au moyen d'accords et (iii) dans différents politiques environnementales.⁶² Elle se retrouve ensuite dans le livre blanc sur la gouvernance⁶³, est confirmée dans de nombreux communications de la Commission⁶⁴, et est désormais liée à l'accord interinstitutionnel «*mieux légiférer*»⁶⁵ de 2003. Celui-ci reconnaît l'utilité de recourir à la co-régulation (et à l'autorégulation). Ce texte revêt un caractère plus important⁶⁶ dans la mesure où, au contraire des documents précédents, il reflète la position des trois institutions impliquées dans le processus législatif. En outre, pour la première fois, la co-régulation se voit définie⁶⁷ et son utilisation

59 L. Bousquet et S. Jacquot, « Les Nouveaux modes de gouvernance », R. Dehoussé, *Politiques européennes*, (Les Presses de SciencesPo), 2009, 422 et 423.
60 Par exemple les conférences citoyennes tenues en 2005 et 2006 portant sur le développement durable dans les politiques urbaines (projet Rase) et sur les sciences neuronales (projet «*Meeting of minds*»).

61 P. Verbruggen, « Does Co-Regulation Strengthen EU Legitimacy? » (2009) *European Law Journal* 423.

62 P. Verbruggen, *op. cit.*, 426.

63 Livre blanc sur la gouvernance européenne – COM/2001/0428 final: Dans ce document la Commission considère que la voie législative n'est souvent qu'une partie d'une solution plus vaste et que dès lors, elle désire encourager l'usage de différents instruments de politique publique tels les directives-cadres et les mécanismes de co-régulation.

64 Voy., entre autres, Communication de la Commission – Plan d'action «*simplifier et améliorer l'environnement réglementaire*» – COM(2002)278 et Communication de la Commission «*Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne: une stratégie de simplification de l'environnement réglementaire*» – COM/2005/0535.

65 COM(2006) 690 final et COM(2006) 691 final.

66 Htp://ec.europa.eu/smo/pdfs/regulation/institutionalcontext/index_fr.asp
67 L'accord interinstitutionnel définit la co-régulation comme étant «*le moyen par lequel un acte législatif communautaire contribue à la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations)*».

encadrée.⁶⁸ D'ailleurs cet encadrement assez strict aboutit à établir une distinction entre les processus corégulateurs avant et après l'accord interinstitutionnel de 2003.⁶⁹

Les deux politiques étudiées dans cette contribution illustrent ce phénomène. La normalisation européenne au sens de la « Nouvelle Approche » est le premier exemple de corégulation au niveau européen.⁷⁰ En effet, les exigences essentielles sont déterminées par le législateur et l'harmonisation technique est élaborée, appliquée et contrôlée par les acteurs qui sont concernés en premier chef. Concernant les normes comptables, cette logique d'ouverture en faveur du secteur privé qui aboutit à de la corégulation est également présente et atteint d'ailleurs un degré de délégation inédit dans la production de la norme communautaire. En effet, en mettant en place une homologation *ex post*, l'Union peut décider de refuser en tout ou en partie une norme mais ne peut ni en modifier son contenu ni en créer une nouvelle.

Polycentrisme institutionnel

La structure institutionnelle de l'Union européenne se caractérise également par une complexité où les lieux de pouvoir, de décision et d'exécution sont multiples (*multilevel governance*) et qui permettent d'impliquer les toujours plus nombreux acteurs en présence. Bien que cette fragmentation soit déjà inscrite dans le code génétique de la méthode communautaire, ce morcellement se trouve accentué par une série d'acteurs nouveaux appelés à jouer des rôles parfois cruciaux. En droit communautaire, il existe donc une véritable constellation d'organismes déconcentrés ou décentralisés aux noms multiples (agences?),

68 En effet, cet accord précise que: « les trois institutions rappellent que la Communauté ne légifère que dans la mesure nécessaire, conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Elles reconnaissent l'utilité de recourir, dans les cas appropriés, lorsque le traité n'impose pas spécifiquement le recours à un instrument juridique, à des mécanismes de régulation alternatifs. » Il stipule aussi que « la Commission veille à ce que le recours aux mécanismes de corégulation et d'autorégulation soit toujours conforme au droit communautaire et qu'il respecte les critères de transparence (publicité des accords notamment) et de représentativité des parties impliquées. Il doit en outre représenter une valeur ajoutée pour l'intérêt général. Ces mécanismes ne sont pas applicables si les droits fondamentaux ou des choix politiques importants sont en jeu ou dans les situations où les règles doivent être appliquées uniformément dans tous les États membres. Ils doivent assurer une régulation rapide et flexible qui n'affecte pas les principes de concurrence ni l'unicité du marché intérieur. »

69 P. Verbruggen, *op. cit.*, 429.

70 L. Senden, « Soft Law, Self-Regulation and Co-regulation in European Law: Where do they meet? », (2005) 91. *Electronic Journal of Comparative Law* 13 (www.ejcl.org).

71 Au niveau de l'Union européenne, le phénomène de délégation de pouvoir à des agences est apparu dans les années 70 avec la création d'un Centre européen pour le développement de la formation professionnelle et la Fondation européenne pour l'audiovisual dans des conditions de vie et de travail. Dans les années 90, particulièrement marquée par une grande

offices, experts, fondations, ...) investies de fonctions variées (administration, gestion, exécution, régulation) en vue de porter main forte à l'exécutif communautaire ou de participer à l'œuvre législative ou encore d'assurer un contrôle.⁷² Toutefois cette délégation de pouvoir, principalement tournée vers le secteur privé, s'éloigne du schéma initial⁷³ où l'autorité garantit les règles du jeu et laisse le marché libre. On assiste ici à une sorte de métissage institutionnel où les institutions européennes doivent composer avec des acteurs toujours plus nombreux et aux statuts parfois peu clairs.

Les deux politiques décrites ci-dessus offrent une démonstration convaincante de cette structure élatée. La « Nouvelle Approche » repose en effet sur un réseau d'institutions de normalisation nationales et européennes (CEN/CENELCE/ETSI) et la vérification du respect des dites normes se voit déléguée à de multiples organismes nationaux de certification. La politique comptable européenne, quant à elle, est traversée par une délégation de pouvoir au profit de l'IASB en tant que « producteur officiel » de norme européenne et les experts réunis au sein des multiples comités (EFRAG, ARC, comités « classiques ») participent à la préparation des textes et à la surveillance du travail des autres comités (par exemple l'EFRAG contrôle l'IASB...).

Procéduralisation du droit⁷⁴

Bien que l'aspect procédural de la méthode communautaire soit depuis son origine important afin de refléter au mieux les différents intérêts en présence (États, l'Union et les citoyens) et arriver à établir un équilibre des pouvoirs satisfaisant, il semble que depuis quelques années, une étape supplémentaire de la procéduralisation ait été franchie.⁷⁵ Cette dernière porte moins sur la nature des problèmes publics que sur les instruments choisis pour les résoudre.⁷⁶ En effet,

activité en vue de réaliser le marché intérieur, une série de nouvelles agences sont apparues (agences de la deuxième génération) avec pour justification la volonté de déconcentration géographique et la nécessité de faire face à de nouvelles tâches de nature technique et/ou scientifique. En décembre 2003, les chefs d'État et de gouvernement ont décidé de créer une « troisième génération » d'agence qui connaît un succès certain.

72 F. Perard-Laneuf, « Le recours à l'externalité dans le système administratif communautaire: la délégation de la technicité », Pascal Mpongo (éd.), *Le phénomène bureaucratique européen - Intégration européenne et technophilie*, (Bruylant, 2009), 17-19.

73 Et des conditions de délégation très strictes telles que précisées dans l'arrêt *Meroni* (Affaire 9/56, *Meroni c. Haute Autorité*, arrêté du 13 juin 1958, *Rec.*, 1958, (9), 40 et s.).

74 O. De Schutter, N. Lebeccis, J. Paterson (dir.), *La Gouvernance dans l'Union européenne*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001), 94 et s. et 222 et s.

75 L. Bousquet et S. Jacquot, *op. cit.*, 426.

76 L. Salomon, *The Tools of Government: a Guide to the New Governance*, (OUP, 2002), introduction.

cette procéduralisation de l'action publique communautaire a principalement pour objectif de gérer la complexité de la situation⁷⁷ en mettant l'accent sur le pilotage de l'action publique plutôt que sur le contenu en tant que tel.

Cette méthode permet de débloquer de nombreuses situations car elle évite de devoir trancher les « questions difficiles ». Dès lors la normativité du droit se déplace « de la cohérence formelle de son contenu sémantique vers son potentiel pragmatique de gouvernance comme institution sociale ».⁷⁸ Cette caractéristique est influencée par les travaux de Gunther Teubner qui défend l'idée selon laquelle le droit, au lieu de proposer des normes de conduite sociale (droit matériel) doit se contenter de régler l'organisation, les procédures et la redistribution des compétences (« préconditions juridiques structurelles d'une autorégulation de la société »)⁷⁹.

Le développement des procédures a pour effet d'encadrer les activités des acteurs et « les insèrent dans un mouvement perpétuel d'élaboration de lignes directrices, puis de réévaluation de ces mêmes lignes directrices selon un processus codifié, très répétitif d'apparence fortement technique ».⁸⁰

Cette procéduralisation est présente dans la « Nouvelle Approche » dans la mesure où en renvoyant aux normalisateurs européens la définition des spécifications techniques, le législateur européen met en place une procédure qui déplace la prise de décision dans d'autres sphères que la sienne et se limite à piloter le système via l'établissement d'exigences essentielles peu litigieuses. Ce constat peut également être aisément dressé en ce qui concerne la normalisation comptable européenne. En effet, aussi bien au niveau des procédures internes de l'IASB que lors de la phase d'homologation communautaire, le règlement prévoit uniquement une série de procédures complexes visant à faire intervenir toutes les parties intéressées et duquel sortirait idéalement et automatiquement une solution au problème posé. D'ailleurs initialement, c'est suite à son incapacité à se mettre d'accord politiquement sur un référentiel européen commun, que la Commission proposa

une procédure visant à copier les normes de l'IASB et de les incorporer en droit communautaire.

De la règle de droit à la norme technique

Concernant le contenu même du droit communautaire, on assiste à un glissement de la réglementation institutionnelle classique (règlements et directives) basée sur la théorie du « sévir et punir » (« *command and punishment* ») vers un type de réglementation économique basée principalement sur des principes généraux du droit et des incitants. A cette fin, le choix arrêté par les institutions européennes accorde une place majeure à la normalisation pour asseoir sa politique ou pour la mettre en œuvre au détriment de forums plus politiques.

La « Nouvelle Approche » et la politique comptable européenne montrent combien l'Union européenne intervient en guidant le choix des acteurs privés (tel référentiel comptable plutôt que tel autre ou tel standard de qualité).⁸¹ Les différents nouveaux instruments juridiques reposent tous, quant à eux, à un moment ou à un autre sur des systèmes de normalisation du type ISO/CEN ou IASB. En effet, la difficulté à voir émerger un marché unique ou un système comptable européen issu des autorités européennes légitimes d'un point de vue démocratique a « ouvert un espace pour les normalisateurs privés et les approches autorégulatrices qui apparaissent plus efficaces et, paradoxalement, moins attentatoires à la souveraineté nationale ».⁸² Enfin, c'est principalement la volonté de voir aboutir le marché commun et d'avoir un référentiel comptable européen qui ont guidé les institutions européennes à imaginer et développer les dispositifs respectifs de ces deux politiques. Cette volonté d'atteindre ces objectifs a été jugée plus importante à atteindre rapidement, quitte à sacrifier l'orthodoxie communautaire telle qu'inscrite dans le Traité.

Ce recours préférentiel à la norme implique également un changement majeur quant à la justiciabilité. En effet, ce sont désormais les pairs qui sont les surveillants de la bonne application des règles du groupe via des codes de conduite, des classements, des standards à respecter... et non plus le juge communautaire.⁸³ En cas de contes-

77 L. Boussgagnet et S. Jaquot, *op. cit.*, 416.

78 M. Marschallik, « Normes de gouvernance et enrôlement des acteurs sociaux », (2008) 34 *Multinationales*, 186.

79 G. Teubner, *Droit et Réflexivité*, (Kluwer, 1995), 89.

80 L. Boussgagnet et S. Jaquot, *op. cit.*, 426.

81 C. Joerges, *op. cit.*, 22 qui fait référence à V. Eichenher, *Entscheidungsprozess in der regulativen Politik der Europäischen Union*, (Opfald, 1997).

82 D. Baert et G. Yann, *op. cit.*, 17.

83 A. Héritier, « New modes of Governance in Europe: Policy-Making without Legislating? », (2002) *Common goods: reinventing European and international Governance* (A. Héritier, ed.); C. Sabel et J. Zeitlin, « Learning from Difference: The New Architecture of Experiment-

tation, les droits des particuliers de demander en justice l'annulation des normes du CEN sont particulièrement ténués. En effet, la combinaison de l'intervention publique et privée a conféré aux normes techniques harmonisées une certaine immunité. Dans la mesure où elles sont d'origine privée, elles ne sont, sans aucun doute, pas attaquables en tant que telles, au moyen d'un recours en annulation⁸⁴, celui-ci ne pouvant être dirigé qu'à l'encontre des actes adoptés par les institutions de l'Union⁸⁵. Toutefois, pour que ces normes deviennent applicables, une action des institutions européennes est également indispensable. Il s'agit de leur publication au JOUE. Or, sous l'empire du traité de Nice, et même avant, ce type d'actes était à l'abri des contestations de la part des particuliers. Il en était ainsi du moins pour la simple raison que ceux-ci n'étaient pas individuellement affectés par lesdites normes au sens de la jurisprudence *Plaumann*⁸⁶. Le traité de Lisbonne ayant éliminé cette condition d'affectation individuelle des particuliers pour demander l'annulation des actes réglementaires «autosuffisants» les concernant directement⁸⁷ la question se pose alors de savoir s'il est possible de considérer les mesures de publication des normes techniques harmonisées au JOUE comme des actes réglementaires auto-suffisants, faisant grief et susceptibles d'affecter certains particuliers d'une manière directe.⁸⁸ La Cour de justice aura certainement l'occasion prochainement de se pencher sur cette question.

*
*

L'Union européenne constitue donc un laboratoire produisant des nouveaux modes de gouvernance créés dans les interstices

⁸⁴ *talist Governance in the EU*, (2008), European Law Journal, pp. 271 à 327; B. Frydman, "Corégulation: a possible Legal Model For Global Governance", About Globalisation (Barr De Schutter ed.), (Institute for European Studies, VUB Brussels University Press, 2004).

⁸⁵ Article 263, alinéa 4 TFUE.
⁸⁶ Arrêt du 31 mars 1971, Commission/Conseil, dit «AETR», 22/70, Rec., 263, points 38 et s.

⁸⁷ Arrêt du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission, 25/62, Rec., 197. Voir à cet égard l'ordonnance du Tribunal du 25 mai 2004, Schmidt e.a./Commission, T-264/03, Rec. II-1515, et l'ordonnance de la Cour du 16 septembre 2005, Schmidt e.a./Commission, C-342/04 P, non publié au Recueil. A. Van Waeyenberge et P. Pecho, «L'arrêt Unibet et le Traité de Lisbonne – un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective», (2008) 1-2 Cahiers de Droit Européen, 126-156.

⁸⁸ «Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues au premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est la destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution.»

⁸⁹ Pour une discussion sur cette question, voy. P. Pecho et A. Van Waeyenberge, «La normalisation technique vue de Luxembourg», (2010) RMUE, à paraître en juin.

des traités. Ces nouveaux instruments se démarquent de l'orthodoxie communautaire⁸⁹. Les objectifs initiaux ordolibéraux de concurrence la plus libre possible et de séparation stricte entre le marché et l'autorité ont évolué. La place accordée au droit devient, quant à elle, soit un rôle 'procédural' de résolution des conflits, soit un rôle de 'filet de sécurité' en consacrant certains droits jugés primordiaux, soit un rôle de 'standard minimum', soit enfin 'un cadre très général' visant à entourer un minimum ces nouvelles pratiques.⁹⁰

III JALONS POUR UNE EXPLICATION NUANCÉE DE CE GLISSEMENT

Cette évolution du droit communautaire n'est pas le fruit du hasard et ces différentes «nouvelles façons de faire» sont des réponses à l'existence de problèmes publics complexes. Ce chapitre a pour intention d'avancer trois des raisons qui sous-tendent le changement d'attitude des institutions européennes.

Une crise de légitimité politique comme origine

Le Traité de Maastricht, suivi de ceux d'Amsterdam, Nice et récemment de Lisbonne ont incli puis développé des compétences et des objectifs politiques de l'Union européenne vers une «*Union sans cesse plus étroite*». Cette inclusion, puis cet élargissement, des politiques européennes mettaient en porte-à-faux l'héritage ordolibéral. En effet, l'objectif de «libre concurrence» entendu comme principe sacro-saint, s'accommodait mal de devenir un principe parmi d'autres (à côté de la protection de l'environnement, de la santé, des consommateurs, ...) et de voir en conséquence son poids relatif déterminé à l'issue d'un processus politique.⁹¹

Ces nouvelles délégations de compétences plus politiques se sont accompagnées d'un changement dans le type d'économie au sein de l'Union européenne. En effet, le passage d'une mosaïque de marchés nationaux protectionnistes vers un espace économique européen unique puis vers un marché global, a privé les Etats membres de nombreux leviers d'influence et a concentré le pouvoir de décision entre les mains des 'bureaucrates' de Bruxelles.

⁸⁹ M. Blauguet, «Le système communautaire à l'épreuve de la 'gouvernance européenne' – Pour une nouvelle gouvernance raisonnée», Mélanges en l'honneur de Guy Isaac, (Presse de l'Université de Toulouse, 2004), 239-269.

⁹⁰ D. Trubek et L. Trubek, *op. cit.*, 10 et 11; G. De Burca et J. Scott, *op. cit.*, 1-14.

⁹¹ C. Joerges, *op. cit.*, 22-23.

Or, corrélativement, la construction européenne souffre d'une double crise de légitimité. Défaillance des citoyens qui ne se retrouvent pas dans la nébuleuse communautaire et méfiance, voire résistance, des États membres, soucieux de préserver leur souveraineté en rechignant à consentir à toute délégation de pouvoir supplémentaire à Bruxelles.

La vision citoyenne de l'Europe a en effet fort évolué. D'une stature passive – théorisée sous le nom de « consensus permissif »⁹² – aboutissant à laisser aux différentes élites nationales le soin de gérer les affaires européennes et qui avait permis à la construction européenne de connaître une intégration rapide, les citoyens remettent en question un certain nombre de pratiques européennes qu'ils jugent peu transparentes ou qu'ils ne comprennent pas.⁹³ Les institutions européennes, qui ne peuvent s'appuyer que sur une légitimité relativement faible, ont donc décidé de réagir associant systématiquement les acteurs publics et privés au processus décisionnel afin de garantir un maximum d'efficacité aux décisions prises. Désormais il s'agit donc de partager une responsabilité mutuelle (*mutual responsiveness*) à l'égard de la réalisation des objectifs communs de l'Union européenne. Le système juridique doit donc s'en accommoder et doit donc mettre en place les conditions nécessaires à cette responsabilité mutuelle à l'égard de chaque acteur concerné via une procéduralisation du droit.⁹⁴

Les États membres montrent également des signes d'énerverment face à l'augmentation des responsabilités des institutions européennes pas toujours désirées. Dès lors, « les gouvernements semblent avoir souscrit à l'idée d'interventions européennes plus régulières, sans pour autant accepter que celles-ci passent par un renforcement de la structure communautaire »⁹⁵. Cet accord tacite entre le niveau communautaire et le niveau national donne lieu à des arrangements institutionnels qui permettent à l'Union de continuer à exercer des prérogatives tout en permettant aux États de garder un pouvoir de surveillance. Cet arrangement met toutefois à mal les procédures classiques et aboutissent à privilégier des processus normalisateurs qui se caractérisent par une prise de décision consensuelle qui évite de devoir faire des choix poli-

tiques clairs (éviterment des forums représentatifs et majoritaires) ainsi que la mise en place de procédures compliquées.⁹⁶

L'efficacité comme objectif

L'émergence de l'État postmoderne⁹⁷ donne inévitablement lieu à l'avènement d'un droit postmoderne. Dans le contexte européen ce constat se trouve amplifié dans la mesure où cette organisation politique récente ne doit pas gérer l'héritage d'un État-Nation. Ce droit postmoderne implique, entre autres, une évolution dans la place accordée au droit. D'une logique de Communauté de droit où le droit conditionne le fonctionnement de la Communauté, on est passé à une situation inverse où la Communauté s'inscrit dans une stratégie de maîtrise de l'exercice du pouvoir politique en se servant du droit pour fonctionner efficacement.⁹⁸ En effet, l'efficacité – principe clef du Livre Blanc sur la gouvernance européenne – permet à l'Union européenne d'essayer de fonder sa légitimité sur une autre source que démocratique.

Cette nouvelle place accordée au droit⁹⁹ est due aux vigoureuses critiques¹⁰⁰ assénées au modèle de *Command and Punishment*,¹⁰¹ pour ses aberrations et sa contre-productivité au profit d'un modèle axé sur la persuasion et l'adhésion volontaire, la promotion des primes et divers avantages (*incentives*)¹⁰² inspirés du *New Public Management*.¹⁰³ Dès lors, les tenants de cette approche vont faire en sorte que les exigences minimales en termes de légalité soient accomplies (par

96 C'est dans ce contexte que la Commission décida de publier en 2001 un Livre blanc sur la gouvernance. Celui-ci définit les cinq principes de la « bonne gouvernance », en l'occurrence l'ouverture, la participation, la responsabilité, l'efficacité et la cohérence. Ces principes, explique le Livre Blanc, sont essentiels pour l'instauration d'une gouvernance plus démocratique. Il s'agit donc d'une nouvelle façon de légitimer l'exercice du pouvoir au niveau communautaire, tant en direction des citoyens que des gouvernements nationaux.

97 J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, (LGDJ/Droit et Société, N° 35, 2008), 266 p.

98 Ce mouvement semble être complètement assumé au début des années 2000. En effet, Romano Prodi, alors Président de la Commission, déclarait: « l'efficacité de l'action des institutions européennes est la principale source de leur légitimité ». Ce message fut d'ailleurs relayé peu après dans le Livre Blanc sur la gouvernance européenne.

99 Pour une étude préliminaire, voir F. Snyder « The effectiveness of European Community Law: Institution, Processes, Tools and Techniques », (1993) *Modern Law Review* 19-56. 100 « le droit devient plus efficace grâce à l'offre de mécanismes de dégrèvements et de participation où la dimension consensuelle est prépondérante. En assignant ainsi une valeur normative au marché et aux échanges, les référents universalistes voient leur utilité réduite, sinon

101 A. Reid, « Seeing regulation differently: an ADR Model of Policy Formulation, Implementation and Enforcement », (1995/96) *Can. J. Adm. Law Pract.*, 101 et s.; B. Mannin,

Improving the cost-effectiveness of Government: alternatives to Command-and-Control Regulation, Paris, OCDE, document non publié mais disponible sur demande, 1994, 7.

102 D. Moeckle, *op. cit.*, 80.

103 J.-E. Lane, *New Public Management*, (Routledge, 2000), 201.

92 R. Ingehart, « Cognitive Mobilization and European Integration », (1970) 3 *Comparative Politics* 3, 45-70.

93 L. Boussguier et S. Jaquot, *op. cit.*, 418.

94 M. Maesschalck, « Quelle philosophie des normes aujourd'hui? Gouvernance et apprentissage social. (2008) 138 *Les cahiers du Centre de Philosophie du droit*, 8.

95 L. Boussguier et S. Jaquot, *op. cit.*, 420.

exemple à travers le vote d'une loi aussi floue qu'imprécise et contenant des objectifs très vastes ou à travers des exigences essentielles) afin de pouvoir mettre en œuvre cette multitude de techniques ou d'outils de gouvernance de *New Public Management*. Ces derniers présentent de nombreux avantages dans la mesure où ils sont déjuridicisés et donc déjudicialisés (sauf pour les maigres aspects de droit positif).¹⁰⁴ En outre, le recours à des règles techno-scientifiques (normalisation) constitue un mécanisme de relais servant à harmoniser des règles dont l'intégration directe est trop lourde vu leur nombre et leur complexité technique.¹⁰⁵ L'autorité publique (la Commission), quant à elle, assure une fonction de coordinateur et de chef d'équipe.¹⁰⁶ En d'autres termes un acte est désormais moins légitime au regard de la qualité de son auteur ou de sa constitutionnalité que de son efficacité qui se voit élevée au rang de but ultime.¹⁰⁷

Procéduralisation du droit¹⁰⁸ et gouvernance réflexive comme fondement

Deux courants de philosophie du droit ont vraisemblablement influencé la production normative européenne : l'école de la procéduralisation du droit et la théorie de l'expérimentalisme démocratique.¹⁰⁹ Cette affirmation se trouve d'ailleurs confirmée au regard de l'omniprésence de ces deux courants dans les travaux préparatoires du Livre Blanc sur la gouvernance européenne et dans les « cahiers de la cellule prospective de la Commission européenne » concernant la gouvernance européenne.¹¹⁰

Le premier, initialement développé par Jürgen Habermas, entend proposer une nouvelle interprétation de l'État de droit adaptée aux formes que revêt une société complexe. « *Le droit ne prend pas tout son sens normatif en vertu de sa seule forme, pas plus qu'en vertu d'un contenu moral donné a priori, mais à travers une procédure d'édition du*

droit qui engendre la légitimité ». ¹¹¹ Il développe par ailleurs l'idée que la norme doit mieux suivre les évolutions sociétales afin de dépasser le modèle décisionnel traditionnel, qui serait fondé sur une rationalité instrumentale où « *la prise de décision était (...) tributaire de l'acteur, dont la tâche principale consistait à rechercher l'unique meilleure solution à partir d'une causalité sociale préstructurée et de règles juridiques* » ¹¹². Des lors la légitimité de la règle n'est plus fonction de sa forme générale et abstraite mais d'un espace public ouvert à toutes les personnes concernées qui garantit, grâce à des garanties procédurales, la qualité de la décision prise. ¹¹³

Le second est l'école de l'expérimentalisme démocratique¹¹⁴. Cette théorie part du principe que les acteurs doivent construire par eux-mêmes les mécanismes d'apprentissage propres à l'élaboration des politiques. L'idée du réseau est au cœur de cette théorie. ¹¹⁵ Joshua Cohen et Charles Sabel ont mis en avant cette théorie de l'expérimentalisme démocratique ou « *Directly Deliberative Polyarchy* » en parlant du constat d'une crise de la démocratie mais « *également de l'idée que l'UE constitue un espace inédit pour que celle-ci acquière une nouvelle vitalité, les auteurs développent un modèle pour construire une 'démocratie apprenante'* » ¹¹⁶. L'idée générale est de mettre en lien les acteurs politiques et la société civile de manière directe et de les associer au processus de décision. Ce modèle entend favoriser les mécanismes d'échanges d'information, d'évaluation des pairs, la révision des mécanismes régulateurs... ¹¹⁷ Cela donne lieu à un retour réflexif permanent entre la justification de la règle et son application. « *Une règle ne devrait plus être établie une fois pour toutes mais devrait pouvoir faire l'objet d'une révision constante en fonction des situations particulières et des évolu-*

¹⁰⁴ D. Moeckle, *op. cit.*, 40 et 41.

¹⁰⁵ D. Moeckle, *op. cit.*, 98.

¹⁰⁶ D. Moeckle, *op. cit.*, 128.

¹⁰⁷ T. Le Texier, « Gouvernance », (2009) disponible sur le site <http://tbo.ult.free.fr>

¹⁰⁸ O. De Schutter, La procéduralisation du droit européen. Propositions institutionnelles. In: Démocratie et procéduralisation du droit. Actes des Journées d'études juridiques Jean Dabin des 16 et 17 octobre 1997, J. Lenoble et Ph. Coppens (eds), Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2000, pp. 313-350; J. Lenoble, « L'Efficience de la gouvernance par le droit. Pour une Procéduralisation Contextuelle du Droit », (2002/2003) 33 Revue de Droit (Université de Sherbrooke), 13-68.

¹⁰⁹ S. De La Rosa, *op. cit.*, 149 et s.; O. Lobel, "The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought", www.ssrn.com; (2005) Research Paper n° 07/27, 138 p.

¹¹⁰ La Gouvernance dans l'Union européenne, Les cahiers de la cellule de prospective, 2001.

¹¹¹ J. Habermas, Droit et démocratie, entre faits et normes, (Gallimard, 1997), 153.

¹¹² K. Ladeur, "La procéduralisation et son utilisation dans une théorie juridique post-moderne", *La gouvernance dans l'Union européenne*, (Les cahiers de la cellule prospective, modèle européen, afin de revitaliser un espace public culturel).

¹¹³ K. Folter et C. Mahieu, "La gouvernance européenne: compromise entre régulation par le marché et régulation par les normes", B. Delcourt, O. Paye et P. Verantieron, (eds), La gouvernance européenne: Un nouvel art de gouverner?, (Academia-Bruyant), 53.

¹¹⁴ Voir le tout récent livre sur ce sujet de C. Sabel et J. Zeitlin (ed.), *Experimentalist Governance in the European Union*, (OUP, 2010), 368 p.

¹¹⁵ B. Ederlein et D. Kerwer, "Theorising the New Modes of European union governance, European Integration online Papers (EIoP)", (2002) 6, n° 5.

¹¹⁶ S. De La Rosa, *op. cit.*, 163.

¹¹⁷ J. Cohen et C. Sabel, « Directly-Deliberative Polyarchy », (1997) *European Law Journal*, 313-342; C. Sabel et J. Zeitling, "Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU", (2008) *European Law Journal* 271-327.

tions. De plus, elle ne devrait qu'énoncer des principes assez généraux et vagues pour faciliter leur adaptation aux contextes locaux. »¹¹⁸

CONCLUSION

Pour revenir à la question initiale de la relation entre ordolibéralisme et droit européen, force est de constater que les nouvelles formes du droit communautaire ne s'inscrivent plus vraiment dans ce cadre théorique. Cela ne signifie nullement que l'ordolibéralisme ait disparu de la construction européenne. En effet, un héritage ayant traversé les époques et les traités successifs subsiste mais l'influence majeure que ce courant philosophique avait eue lors de la rédaction du Traité de Rome ne se retrouve plus aujourd'hui dans les nouvelles manifestations du droit européen.

Afin de faire écho au premier chapitre de ce travail qui décrivait les différentes formes de réception ordolibérale lors de la création de la CEE (I.B), une mise à jour de celles-ci à l'aune du droit communautaire actuel paraît utile.

Les libertés économiques et le principe de non-discrimination sur base de la nationalité continuent de baliser le droit communautaire et constituent encore manifestement des principes cruciaux. Toutefois ceux-ci ont perdu leur place quasi-monopolistique de l'ordre communautaire et se voient complétés par toute une série d'autres principes essentiels au rang desquels se trouvent les droits fondamentaux et d'autres principes à caractère plus politiques (citoyenneté, social, environnemental...). Cet élargissement du catalogue de principes cardinaux a pour conséquence d'affaiblir la portée des libertés économiques dans la mesure où ceux-ci sont de plus en plus couramment mis en balance ou utilisés à des fins de politiques publiques. Même le droit de la concurrence, pourtant pierre angulaire de l'ordolibéralisme européen, n'échappe pas à ce constat dans la mesure où il se voit bien souvent utilisé comme levier pour développer la politique industrielle européenne.

La structure initiale à deux niveaux (supranationale-économique / nationale-politique) se voit donc corrélativement bouleversée par le caractère enchevêtré des compétences politiques et économiques à chacun des niveaux. La structure elle-même est dépassée au profit

d'une gouvernance multi-niveaux complexe, aux acteurs nombreux et s'inscrivant dans une logique de parlementarisation dont le Traité de Lisbonne représente une étape supplémentaire.

La méthode communautaire a connu elle aussi une évolution importante où des nouvelles formes de gouvernance sont apparues dans les interstices des traités (New Governance). Celles-ci s'éloignent bien souvent du schéma de prise de décision traditionnel au profit, entre autres, d'une étroite collaboration à tous les stades de la prise de décision des sphères économiques et politiques qui a pour conséquences d'une part de mettre à mal l'indépendance de la Commission européenne de plus en plus liée par les consultations et les dispositifs corégulateurs qu'elle a mis en place et, d'autre part, un interventionnisme de la Commission auprès des acteurs du marché afin de faire prévaloir sa vision politique. Cette collaboration se matérialise bien souvent par un recours à des normes – dont la justiciabilité est fragile – au détriment de règles. Une telle collaboration met également à mal le principe ordolibéral de l'indépendance du marché vis-à-vis de l'autorité.¹¹⁹ On est passé d'une logique où l'autorité se comportait en arbitre du marché (Ordolibéralisme) à une logique où elle se comporte comme un entraîneur de politique publique (New Public Management).

Quant à la base de légitimation de la construction européenne, on assiste à un passage d'une logique d'Etat de droit à une légitimité essentiellement axée sur l'efficacité et accessoirement sur la transparence et la participation. Ce changement comporte une série de risques sur lesquels il semble nécessaire de revenir afin de ponctuer ce travail.

En déplaçant l'élaboration des politiques publiques sur le terrain de l'efficacité au détriment de la légalité, ce dernier se voit relégué à un rôle secondaire. En effet, la gestion de plus en plus technicienne et consumériste de l'autorité dont la normalisation et la délégation au secteur privé procède, dilue, voire nie, la dimension politique et juridique afin d'ériger les citoyens en consommateurs, usagers, clients. En outre la césure entre production de la norme, c'est-à-dire la phase politique empreinte de pouvoir discrétionnaire et celle de mise en œuvre, c'est-à-dire la phase administrative d'application des décisions prises au niveau politique se trouve brouillée au profit d'un processus indif-

118 K. Folzer et C. Mahieu, *op. cit.*, 53.

119 D. Gerber, *op. cit.*, 74.

férencié et discontinu.¹²⁰ La loi n'est plus un acte mais un programme qui ne travaille plus par disposition mais par prévision. Ce phénomène fait d'ailleurs penser aux analyses de Michel Foucault sur la gouvernementalité¹²¹ lorsqu'il mettrait en lumière la recherche de pouvoir et de contrôle social qui se cache derrière ces nouvelles pratiques. L'efficacité élevée au rang de valeur suprême a pour effet, si on suit les raisonnements du philosophe français, de renforcer le rôle et la place de l'Etat.¹²²

Or la Communauté de droit, qui découle directement de l'assimilation par la Cour des traités à la « *charte constitutionnelle de droit* »¹²³, vise justement à éviter de tomber dans de pareils écueils. Il implique que l'action des institutions s'exerce dans le respect de la hiérarchie des normes instituées par les traités et, notamment de la suprématie de la constitution communautaire et des droits fondamentaux érigés en principes généraux du droit. L'idée de « *Communauté de droit* » suppose également que soit assurée une protection juridictionnelle complète et effective c'est-à-dire que l'action des institutions ne puisse se déployer en échappant au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base. Cela a permis à la Cour de fonder la construction jurisprudentielle des droits fondamentaux¹²⁴ et d'étendre son contrôle juridictionnel à la totalité des actes des institutions ainsi que pour les actes accomplis par les Etats membres agissant dans le champ du droit communautaire. A la lumière de l'importance des valeurs que ce principe implique, il paraît inquietant de s'en détourner dans la mesure où la légitimité d'une règle ne se mesure pas à l'aune de son efficacité ou de son efficacité mais qu'elle est aussi fonction de sa capacité « *à produire un équilibre entre justice et sécurité, dans le respect de ses formes légales, qui sont autant de garanties contre l'arbitraire. Subordonner la validité de la règle juridique à des impératifs exclusifs d'efficacité, c'est à la fois l'ingéber à une rationalité gestionnaire qui lui est extrinsèque, et oublier que la véritable efficacité de la loi est d'ordre symbolique.* »¹²⁵

En conclusion ces évolutions du droit européen ont fait de cette main autrefois invisible, guidée par le droit, et d'inspiration ordolibérale, une main visible du manager qui indique la voie à suivre. Il ne faudrait toutefois pas que ce « *coup-de-main* » managérial ne se transforme en « *coup de force* » à l'encontre de la Communauté de droit.

120 F. Ost, « Conclusion générale », Jean Clam et Gilles Martin (éd.), *Les transformations de la régulation juridique*, (LGDI, 1998), 437.

121 M. Foucault, « extrait du cours du Collège de France, 1978-1979, 'Naissance de la biopolitique' », (Gallimard, 2004).

122 D. Moeckle, *op. cit.*, 104.

123 Et est une application communautaire du principe constitutionnel bien connu de l'« Etat de droit ».

124 A. Vitorino, « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », 2001, *RDUE*, 27 et s.

125 F. Ost, *op. cit.*, 445.